

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale

Séance du jeudi 7 décembre 2017

Section de l'intérieur

N° 393651

**EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS**

AVIS

**sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales
relevant d'une même catégorie et des règles relatives
à l'exercice de ces compétences**

NOR : INTX1728235X

Le Conseil d'Etat, saisi par le Premier ministre, des questions suivantes :

I. - Sur la possibilité de différencier les compétences :

1. De même que l'article L. 5217-2 du CGCT autorise les régions et les départements à transférer certaines de leurs compétences aux métropoles, la loi pourrait-elle autoriser les collectivités à transférer à une collectivité appartenant à une autre catégorie, par la voie d'un accord entre ces deux collectivités, des compétences précisément identifiées par la loi ? Quelles seraient les limites d'une telle faculté ? De tels transferts pourraient-ils être soumis à l'accord du représentant de l'Etat ou du Gouvernement agissant par décret ?

2. La loi peut-elle prévoir directement que certaines collectivités, désignées par le législateur, exercent des compétences dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie ? Quelles seraient les limites d'une telle faculté ? Dans quelle mesure les transferts correspondants, étant précisé qu'il ne s'agirait pas de transférer de nouvelles compétences dont aucune collectivité ne dispose à ce jour, devraient-ils ou pourraient-ils être conditionnés à l'accord des collectivités concernées ? La désignation des collectivités concernées pourrait-elle être renvoyée au pouvoir réglementaire si le législateur définissait avec une précision suffisante les conditions et critères à prendre en compte ?

3. En cas de réponse négative à l'une des questions précédentes, une disposition constitutionnelle prévoyant que « *la loi peut attribuer des compétences différentes à des collectivités relevant d'une même catégorie* » serait-elle suffisante pour surmonter les obstacles identifiés ?

II. - Sur la possibilité de différencier les règles applicables à l'exercice des compétences des collectivités territoriales :

4. Dans quelles conditions et quelles limites la loi ou le règlement peuvent-ils prévoir l'application de règles différentes à l'exercice des compétences sur le territoire de différentes

collectivités territoriales ? Une disposition constitutionnelle prévoyant que : « *la loi ou le règlement régissant l'exercice des compétences des collectivités peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de collectivités d'une même catégorie* » ouvrirait-elle des possibilités de différenciation plus étendues que celles permises par le cadre constitutionnel en vigueur ?

5. Si la Constitution était complétée pour prévoir que : « *Sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* », l'encadrement de ce droit de déroger serait-il suffisamment précis pour assurer la sécurité juridique des décisions prises en application de ce dispositif ?

VU la Constitution, notamment son Préambule et ses articles 1^{er}, 21, 34, 37, 37-1 et son titre XII ;

**est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées
dans le sens des observations suivantes :**

1. La demande d'avis du Gouvernement porte sur les collectivités de droit commun que sont les communes, les départements et les régions de l'article 72 de la Constitution. Elle ne porte pas sur les collectivités régies par les articles 74 et 77 de la Constitution. Il n'en sera pas question dans le présent avis.

Ne sera pas non plus abordé, sauf indirectement, le régime propre aux compétences des collectivités territoriales à statut particulier et des collectivités régies par l'article 73 de la Constitution.

La demande d'avis ne l'évoque pas.

2. La demande d'avis pose deux questions relatives aux compétences des collectivités de droit commun :

- la première, sur la possibilité de « différencier les compétences » concerne des différences qui résulteraient de transferts de compétences entre collectivités territoriales n'appartenant pas à la même catégorie ; elle porte sur l'attribution des compétences : dans quelle mesure des compétences différentes peuvent-elles être attribuées à des collectivités qui relèvent de la même catégorie ?

- la seconde, sur la possibilité de différencier les règles applicables à « l'exercice des compétences », ne concerne pas l'attribution des compétences mais leur « exercice », au sens donné à ce terme par le 4^{ème} alinéa de l'article 72 : caractère obligatoire ou non de la compétence, étendue de cette compétence, intervention de certains opérateurs, règles de procédure, marge d'appréciation de l'autorité compétente, ou encore règles de fond applicables aux actes relevant de la compétence de la collectivité locale.

I. Sur le cadre juridique applicable à l'attribution et à l'exercice des compétences des collectivités territoriales et sur son évolution

3. Les compétences des collectivités territoriales, leur répartition, les conditions et modalités de leur exercice sont un élément majeur de l'organisation décentralisée de la République, affirmée à l'article 1^{er} de la Constitution, ainsi que du fonctionnement de l'administration et de la démocratie locale de la France.

4. La Constitution énonce les règles suivantes concernant les compétences des collectivités territoriales :

Selon l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales :

- *« ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » ;*
- *« ces collectivités s'administrent librement » et « disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences » ;*
- *« elles peuvent, dans les conditions prévues par la loi organique, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences » ;*
- *« lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune » ;*
- *« le représentant de l'Etat ... a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. »*

Selon l'article 72-2 de la Constitution :

« ...Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.... »

Dans le respect des règles et principes rappelés ci-dessus ainsi que, notamment, des principes d'égalité, d'indivisibilité de la République et de souveraineté nationale (Conseil constitutionnel décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002), il revient à la loi, en application de l'article 34 de la Constitution, de déterminer *«... les principes fondamentaux ... de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ...»*.

5. Doit être soulignée la distinction au sein du titre XII de la Constitution entre, d'une part, le régime des collectivités territoriales de droit commun - communes, départements et régions - et, d'autre part, le régime des collectivités territoriales à statut particulier et celui des collectivités de l'article 73.

6. Suivant la Constitution, les « *caractéristiques* » propres des collectivités à statut particulier, et les « *caractéristiques et contraintes particulières* » des départements et régions d'outre-mer permettent :

- que leur soient attribuées des compétences particulières, différentes de celles des collectivités territoriales de droit commun ;
- que les conditions d'exercice de leurs compétences diffèrent de celles des collectivités territoriales de droit commun.

Dans les deux cas, les dispositions particulières doivent être justifiées par les caractéristiques propres de la collectivité concernée : les « *caractéristiques géographiques et économiques de la Corse ... son statut particulier au sein de la République* » (Conseil constitutionnel, décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, cons. 28 à 30), « *sa qualité de siège des pouvoirs publics* » pour Paris (Conseil constitutionnel, décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009).

La justification de dispositions particulières à certaines collectivités territoriales s'apprécie au regard de leur objet (Conseil constitutionnel, décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, cons. 23)

Concernant les départements et régions d'outre-mer, le premier alinéa de l'article 73 de la Constitution prévoit que les lois et règlements « *peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.* »

Le Conseil constitutionnel vérifie que l'existence de caractéristiques et contraintes particulières justifient des adaptations concernant aussi bien des règles d'attribution de compétences, que des règles relatives à l'exercice de ces compétences. Le Conseil d'Etat exerce le même contrôle pour les dispositions de nature réglementaire (n° 253670, Association droit de cité 10 novembre 2004).

7. Les règles d'attribution des compétences et les règles d'exercice des compétences sont, en principe, les mêmes au sein de chaque catégorie de collectivités territoriales de droit commun, communes, départements, régions.

A l'inverse des collectivités territoriales à statut particulier et des collectivités de l'article 73, la Constitution ne prévoit pas l'adaptation des lois et règlements pour prendre en compte des « *caractéristiques* » ou des « *contraintes particulières* » qui seraient propres à l'une ou à plusieurs collectivités relevant d'une des catégories de droit commun de l'article 72.

Il n'en résulte pas pour autant que les règles applicables aux compétences des collectivités territoriales doivent être identiques pour toutes les collectivités relevant de la même catégorie.

Le principe constitutionnel d'égalité, applicable aux collectivités territoriales «... ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit...» (Conseil constitutionnel, décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991 sur la loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France).

8. Les règles et principes constitutionnels rappelés ci-dessus, tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, n'imposent pas un cadre légal uniforme et figé aux compétences des collectivités territoriales de droit commun - bien que celles-ci soient un élément constitutif de leur statut, mais ont au contraire permis des évolutions importantes et la prise en compte de situations différentes. C'est le cas plus largement encore pour les règles d'exercice des compétences.

En ce qui concerne les attributions de compétences :

9. La coopération intercommunale, qui s'est considérablement développée à partir de la loi du 12 juillet 1999¹, se traduit par des compétences différenciées entre communes, qui ont été admises par le Conseil constitutionnel (décision n° 2010-618 DC du 09 décembre 2010, décision n° 2013-303 QPC du 26 avril 2013 « Commune de Puyravault » et décision n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014 par exemple).

Les communes ne conservent pas les mêmes compétences selon la catégorie de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre (EPCI) auquel elles adhèrent et selon les choix faits au sein de l'EPCI quant à l'exercice de compétences facultatives. Certaines différences de compétences résultent de transferts de plein droit de compétences communales à des EPCI eux-mêmes créés par la loi, comme certaines métropoles (2^{ème} alinéa L. 5217-1 du CGCT).

Si ces différences de compétences entre les communes sont prévues dans le seul cadre de l'exercice en commun de leurs compétences et non - ce qui est l'objet de la demande d'avis - dans le cadre de transferts de compétences d'une collectivité territoriale à une collectivité relevant d'une autre catégorie, indépendamment de toute action commune, elles n'en n'ont pas moins profondément modifié les règles d'attribution des compétences de pratiquement toutes les communes.

10. Ensuite, la création d'une collectivité territoriale à statut particulier peut s'accompagner d'une modification importante des règles de compétence des collectivités territoriales de droit commun situées sur son territoire : en raison des nombreuses compétences communales qui sont exercées de plein droit par la métropole de Lyon, en lieu et place des communes en application de l'article L. 3641-1 du CGCT, ces communes ont perdu une grande part des compétences qui sont attribuées aux communes.

11. Des délégations de compétences sont, en troisième lieu, possibles entre collectivités territoriales relevant de catégories différentes en application de l'article L. 1111-8 du CGCT, tandis que l'article L. 1111-8-1 du même code permet à l'Etat de déléguer certaines de ses compétences à une collectivité territoriale ou un EPCI. Mais ces délégations, dont la mise en œuvre est en l'état limitée², sont révocables par le délégant et la compétence déléguée est exercée au nom et pour le compte du délégant. Elles ne modifient pas, pendant leur durée, les compétences de la collectivité délégante et de la collectivité délégataire.

¹ Relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale

² Rapport de l'IGA n° 16119R Septembre 2017.

En ce qui concerne l'exercice des compétences :

12. L'application de règles différentes à l'exercice des compétences de collectivités de la même catégorie est largement admise, sans qu'il soit pour autant porté atteinte au principe d'égalité.

Dans le cadre des politiques publiques que mettent en œuvre les collectivités territoriales, il est souvent possible de caractériser, au sein d'une même catégorie de collectivités territoriales, des différences de situation justifiant, dans le respect du principe d'égalité, des règles différentes d'exercice des compétences.

Les critères de distinction peuvent être démographiques ou tirés du type d'urbanisation de la commune. Ainsi la loi du 13 décembre 2000 a-t-elle pu dispenser les communes non urbanisées, les communes isolées, ainsi que les petites communes de l'obligation des communes de disposer d'au moins 20 % de logements sociaux, en raison de leur situation différente des autres communes au regard de l'objet de cette obligation (Conseil constitutionnel, décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000).

Des critères démographiques, ou sociaux peuvent se combiner avec un critère géographique pour imposer, dans l'exercice de leurs compétences, des obligations particulières à certaines communes et non à d'autres (Conseil d'Etat, Assemblée générale et commission permanente, avis n° 391883 des 8 et 13 septembre 2016 sur un projet de loi de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne, à propos d'obligations imposées à des communes touristiques situées en zone de montagne).

Des règles relatives à l'exercice des compétences qui seraient applicables à une seule collectivité territoriale devraient être justifiées par la situation particulière de celle-ci, ce qui peut conduire à faire de celle-ci une collectivité à statut particulier du fait de caractéristiques qui lui sont propres et qui justifient des règles différentes.

II. Sur la possibilité de moduler les compétences de collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et de transférer des compétences entre collectivités relevant de catégories différentes

13. La demande d'avis interroge le Conseil d'Etat sur les marges de manœuvre supplémentaires qui pourraient être dégagées aux fins de différencier les compétences des collectivités territoriales :

- dans un cadre constitutionnel existant ;
- dans un cadre constitutionnel assoupli.

Pour y répondre, le Conseil d'Etat propose la grille de lecture suivante.

14. Dans le cadre constitutionnel en vigueur le législateur dispose de marges de manœuvre réelles, mais contraintes :

- par l'article 72 de la Constitution qui implique que les collectivités territoriales de droit commun - communes, départements, régions - aient un même statut et, par suite, disposent des mêmes compétences ;
- et par le principe d'égalité, qui n'autorise la différenciation des compétences ou de leur exercice que pour des raisons d'intérêt général ou du fait de différences de situations.

15. Si des modifications de la Constitution sont envisagées, celles-ci devraient s'inscrire dans la cohérence du titre XII de la Constitution.

Devrait à cet égard être préservée la distinction établie au titre XII entre :

- d'une part, le régime des communes, départements et régions, dont les statuts sont les mêmes pour chacune de ces catégories ;
- et, d'autre part, le régime des collectivités territoriales à statut particulier et des collectivités d'outre-mer de l'article 73.

Cette distinction permet, par des règles claires, la nécessaire prise en compte des caractéristiques et des contraintes particulières à certains territoires, dans le respect du principe d'égalité, de l'indivisibilité de la République et de la souveraineté nationale.

Elle implique :

- que les différenciations des règles de compétences et de leur exercice au sein d'une même catégorie de collectivités territoriales - communes, départements et régions - n'altèrent pas la pertinence de trois catégories de collectivités territoriales disposant chacune d'un même statut et la pertinence de la distinction entre ces trois catégories de collectivités territoriales de droit commun ;
- que ces mêmes différenciations, par leur ampleur, ne remettent pas en cause la règle selon laquelle les possibilités de différenciation sont plus importantes pour les collectivités territoriales à statut particulier et les collectivités de l'article 73, que pour les collectivités territoriales de droit commun.

16. Aussi bien pour des différenciations qui seraient décidées dans le cadre constitutionnel en vigueur que pour des évolutions de la Constitution destinées à en élargir la possibilité, le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à peser de manière attentive les avantages et les risques qui y sont associés.

17. Les avantages attendus d'une plus grande souplesse seraient de trois ordres :

- elle serait de nature à renforcer la démocratie locale et à permettre aux collectivités territoriales d'exercer leurs compétences avec une plus grande efficacité grâce aux responsabilités supplémentaires données aux élus pour innover et adapter leur action aux réalités des territoires et aux besoins de la population et de l'économie ;
- elle serait de nature à donner son effectivité au principe de subsidiarité énoncé au deuxième alinéa de l'article 72 ;

- les initiatives des élus, permises par cette plus grande souplesse, pourraient être associées à des expérimentations, qui permettraient à leur tour, après évaluation, d'améliorer les lois régissant l'exercice des compétences des collectivités territoriales.

18. Les risques sont de deux ordres :

- celui de transferts de compétences reposant sur des considérations contingentes ou de circonstances, voire purement politiques ; il y aurait dès lors lieu de fixer dans la loi des critères objectifs, garantissant que ces transferts se feraient au profit de l'échelon propre à permettre une plus grande efficacité de l'action des collectivités territoriales, au meilleur coût, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriale et de la règle de l'article 72 selon laquelle aucune collectivité ne peut exercer une tutelle sur l'autre ;
- celui de la complexité de l'organisation des compétences des collectivités territoriales, dès lors qu'à la complexité de la répartition des compétences entre catégories de collectivités territoriales s'ajouterait celle tenant à l'existence de compétences différenciées entre collectivités relevant d'une même catégorie.

La complexité résultant de l'enchevêtrement des compétences a des inconvénients importants :

- pour l'électeur, lorsqu'il peine à identifier quelle collectivité ou quel élu a la responsabilité d'une action publique ;
- pour les élus, lorsque leur action s'inscrit dans une organisation peu lisible ;
- pour le public - particuliers, entreprises, associations - en compliquant l'entrée en relation avec le bon interlocuteur ;
- elle est aussi source de coûts, d'insécurité juridique et de rigidités qui freinent les évolutions nécessaires.

Aussi les assouplissements envisagés devraient-ils préserver l'effort de clarification des compétences engagé par le législateur ces dernières années.

19. Le Gouvernement interroge le Conseil d'Etat sur le point de savoir si la loi peut prévoir directement que certaines collectivités, désignées par le législateur, exercent des compétences dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie, ou confier au pouvoir réglementaire la désignation de ces collectivités.

Le Conseil d'Etat considère que, dans les limites fixées par le principe constitutionnel d'égalité, certaines différences d'ordre statutaire, y compris dans le domaine des compétences, sont possibles, sans altérer la distinction entre collectivités territoriales de droit commun et collectivités territoriales à statut particulier et de l'article 73, à condition de présenter un caractère limité.

20. Répondrait à l'objectif du Gouvernement un dispositif législatif qui aurait pour objet de permettre des attributions de compétences différentes à des collectivités territoriales d'une même catégorie, pour des raisons d'intérêt général ou pour des motifs tirés d'une différence de situation, dans le cadre de transferts de compétences précisément identifiés.

21. Un tel dispositif devrait toutefois présenter plusieurs garanties au regard du respect des exigences constitutionnelles découlant notamment du principe d'égalité et de la libre administration des collectivités territoriales.

En premier lieu, pour préserver le principe selon lequel les collectivités territoriales d'une même catégorie sont soumises à un même statut, la loi devrait identifier les compétences précises, et en nombre limité, qui, pour des raisons d'intérêt général ou de différence de situation, pourraient faire l'objet d'un transfert.

En deuxième lieu, les modifications de compétences susceptibles de mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ne pourraient être autorisées.

En troisième lieu, pour justifier de raisons d'intérêt général ou d'une différence de situation, permettant de déroger aux règles de compétence, le transfert de compétences envisagé devrait être de nature à permettre que les compétences en cause soient attribuées à l'échelon propre à permettre une mise en œuvre meilleure et plus efficace, au meilleur coût, conformément au deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution, qui a donné une portée normative au principe de subsidiarité (Conseil d'Etat, Assemblée générale, avis n° 368388 sur le projet de loi relatif à la décentralisation et aux collectivités d'outre-mer).

L'efficacité accrue attendue du transfert de compétences pourrait être caractérisée, notamment :

- à partir de la situation du territoire concerné, compte tenu de ses caractéristiques aussi bien géographiques que démographiques, ou d'infrastructures, ainsi que des besoins de la population et de l'économie ;
- et au regard des compétences, des moyens, de la répartition de ces moyens des collectivités territoriales, et de leur coût.

En quatrième lieu, l'accord des collectivités entre lesquelles s'opérerait le transfert de compétences serait nécessaire,

- conformément au principe de la libre administration des collectivités territoriales ;
- et parce qu'étant une condition de la réussite de l'opération et par là de la démonstration du caractère justifié du transfert de compétences au regard de la règle du deuxième alinéa de l'article 72.

En cinquième lieu, les transferts de compétences ayant pour conséquence d'accroître les charges des collectivités territoriales ou de leurs groupements ouvriraient droit à une compensation financière dans les conditions fixées par la loi.

22. Le représentant de l'Etat dans le département ou la région pourrait donner un avis sur l'intérêt général présenté par le transfert ainsi que sur la préservation des intérêts nationaux.

La décision d'approuver le transfert de compétences serait prise par décret en Conseil d'Etat.

23. Le Conseil d'Etat estime aussi que l'ancrage de la mesure dans le deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution pourrait, sans être indispensable, être mieux assuré par une modification de la Constitution qui y ajouterait le principe de cette mesure et permettrait de surcroît de renvoyer à la loi organique la détermination de ses conditions, notamment telles que précisées ci-dessus.

24. Le Conseil d'Etat souligne enfin que les instruments du droit existant pourraient, parallèlement, être davantage utilisés, notamment :

- les délégations de compétences, dont le régime pourrait être amélioré, afin de les rendre plus attractives ;
- les mises en commun de compétences régionales, départementales et communales ou métropolitaines, dans le cadre d'établissements de coopération (cinquième partie du CGCT), le cas échéant en améliorant les instruments de la coopération autre que intercommunale.

25. En revanche, le Conseil d'Etat souligne que l'existence d'accords entre collectivités territoriales, fussent-ils préalablement autorisés par la loi sur une politique publique déterminée, des projets communs, des considérations tirées d'une meilleure organisation des services et d'une utilisation plus efficiente des moyens des collectivités ne suffiraient pas à eux seuls, en raison de leur nature contingente, pour caractériser des raisons d'intérêt général ou une situation particulière propre à justifier objectivement des règles différentes répondant aux exigences constitutionnelles rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991.

26. Le Gouvernement interroge le Conseil d'Etat sur le point de savoir si, « de même que le IV et le V de l'article L. 5217-2 autorise les régions et les départements à transférer certaines de leurs compétences aux métropoles, la loi pourrait autoriser les collectivités à transférer à une collectivité appartenant à une autre catégorie, par la voie d'un accord entre ces deux collectivités, des compétences précisément identifiées par la loi.

Le Conseil d'Etat n'a pu répondre par l'affirmative à cette question.

27. L'article L. 5217-2 (IV et V), issu des lois du 16 décembre 2010 et du 27 janvier 2014 organise un mécanisme de transfert à titre définitif de plusieurs compétences, certaines importantes, du département et de la région à la métropole située sur leur territoire. Ces transferts sont opérés par accord ou, pour les départements seulement, de plein droit en cas d'absence d'accord pour huit compétences sur neuf.

L'application de ces dispositions conduit à ce que les départements ont des compétences différentes suivant qu'ils ont ou non une métropole sur leur territoire. La conséquence est la même pour les régions suivant qu'elles ont conclu ou non une convention de transfert de compétence avec une métropole.

28. L'article L. 5217-2 (IV et V), dont la rédaction issue de la loi du 16 décembre 2010 a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010), a pour objet d'organiser les compétences des collectivités territoriales dans le territoire d'une métropole.

Si le Conseil constitutionnel n'a pas motivé sa décision sur ce point, fautes de griefs soulevés dans la saisine, le Conseil d'Etat relève que les départements et régions dont le territoire comprend une métropole sont de ce fait dans une situation différente de celle des autres départements et régions. L'importance démographique et économique des métropoles, « *leur rôle particulier en matière d'équilibre du territoire* », souligné par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, justifient objectivement, sur leur territoire, des règles de compétences des collectivités publiques différentes du droit commun, propres à permettre un exercice des compétences publiques plus intégré, « *afin de répondre aux enjeux*

économiques et aux besoins sociaux qui s'attachent à ce type de zones urbaines » (Conseil constitutionnel, décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010).

Ces règles différentes de compétences sont en rapport avec l'objet de la loi : les modifications des compétences du département et de la région sont limitées à la seule partie de leur territoire incluse dans le territoire de la métropole et portent sur des compétences susceptibles d'être mieux prises en charge par la métropole.

Il paraît donc possible d'en déduire - comme l'avait relevé le Conseil d'Etat dans son avis des 28 mars et 4 avril 2013 (Assemblée générale, avis n° 387459 sur le projet de loi de décentralisation et de réforme de l'action publique) - que le Conseil constitutionnel a considéré, pour ces raisons, que le législateur n'avait pas méconnu le principe d'égalité.

29. Mais le Conseil d'Etat constate que la disposition envisagée par le Gouvernement, qui serait inspirée du mécanisme de l'article L. 5217-2, aurait en réalité une toute autre portée.

Une telle disposition permettrait en effet aux communes, départements et régions de modifier, par accord, leurs propres compétences dans la seule limite de la liste des compétences fixées par la loi, sans aucune condition tenant à l'existence d'une situation particulière propre à justifier l'application de règles de compétences différentes de celles du statut des collectivités de leur catégorie, ou tenant à des raisons d'intérêt général.

Si des situations différentes entre collectivités d'une même catégorie propres à justifier des règles différentes de compétences peuvent exister, la disposition envisagée par le Gouvernement ne les caractérise pas. A la différence de la disposition examinée aux points 19 à 25, elle s'appliquerait de façon indifférenciée à toutes les collectivités des trois catégories de collectivités territoriales et leur permettrait, sans aucune condition autre qu'un accord entre elles, de procéder à des transferts de compétences entre elles.

Elle méconnaîtrait dès lors, par sa généralité, le principe constitutionnel d'égalité.

En outre, la disposition envisagée créerait un régime particulier de modification des compétences des collectivités territoriales de droit commun, à la complète discrétion de celles-ci, qui entrerait en contradiction avec la distinction établie dans le titre XII de la Constitution entre leur régime et le régime des collectivités à statut particulier et de l'article 73.

30. Le Gouvernement interroge le Conseil d'Etat sur une disposition constitutionnelle prévoyant que « la loi peut attribuer des compétences différentes à des collectivités relevant d'une même catégorie ».

Cette disposition, qui n'est assortie d'aucune condition ou finalité, donnerait au législateur un pouvoir d'appréciation très étendu pour décider des transferts de compétences entre collectivités territoriales de catégories différentes.

Le Conseil d'Etat considère qu'elle introduirait une incohérence au sein du titre XII de la Constitution.

Des règles différentes de compétences, pour les collectivités territoriales à statut particulier de l'article 72 de la Constitution et pour les départements et les régions d'outre-mer de l'article 73, continueraient en effet à devoir être justifiées, en vertu de ces articles de la Constitution, ainsi

que du principe d'égalité, par des caractéristiques particulières pour les premières, ou des caractéristiques et contraintes particulières pour les seconds. Ce qui est une souplesse mesurée au regard au droit commun des collectivités territoriales deviendrait alors, paradoxalement, en matière de compétences, une règle constitutive dont les collectivités de droit commun seraient largement dispensées.

Le maintien des conditions relatives aux caractéristiques et contraintes particulières, en matière de compétences, pour les collectivités territoriales à statut particulier et les collectivités de l'article 73 n'aurait plus de justification, ni de sens.

En outre, le Conseil d'Etat attire l'attention du Gouvernement sur l'aggravation de la complexité des compétences des collectivités territoriales et sur les rigidités supplémentaires qui résulteraient de l'application de cette disposition.

31. Le Conseil d'Etat relève cependant que cette incohérence constitutionnelle et ces inconvénients seraient supprimés, si la disposition mentionnée dans la demande d'avis avait un caractère transitoire et se donnait pour objet de conduire, à l'issue d'une mise en œuvre pendant une période déterminée à l'avance, à la suppression d'un échelon de collectivités territoriales. Mais, outre que ses modalités nécessiteraient d'être précisées dans la Constitution, la suppression d'un échelon de collectivités territoriales n'est pas l'objectif que s'assigne le Gouvernement.

III. Sur la possibilité de différencier les règles applicables à l'exercice des compétences des collectivités territoriales

32. Le Gouvernement interroge le Conseil d'Etat sur le point de savoir dans quelles conditions et quelles limites la loi ou le règlement peuvent prévoir l'application de règles différentes à l'exercice des compétences sur le territoire de différentes collectivités territoriales.

Comme il a été rappelé au point 12, l'application de règles différentes à l'exercice des compétences de collectivités de droit commun de la même catégorie est admise largement sans que le respect du principe d'égalité en soit affecté.

33. Le Gouvernement interroge le Conseil d'Etat sur une disposition constitutionnelle prévoyant que : « la loi ou le règlement régissant l'exercice des compétences des collectivités peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de collectivités d'une même catégorie »

Cette disposition envisagée dans la demande d'avis s'inspire du premier alinéa de l'article 73 de la Constitution, applicable aux départements et régions d'outre-mer.

Dans le cas des départements et régions d'outre-mer, les « caractéristiques et contraintes particulières » résultent principalement de l'insularité et de l'éloignement géographique.

A moins de lui donner un sens entièrement différent, une telle disposition serait dépourvue de portée utile.

Au surplus, le Conseil d'Etat considère que son inscription dans l'article 72 de la Constitution créerait une incohérence avec l'article 73.

34. Enfin, le Gouvernement interroge le Conseil d'Etat sur une disposition qui compléterait la Constitution pour prévoir que : « Sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

35. Le Conseil d'Etat souligne qu'une telle disposition constitutionnelle donnerait davantage de libertés et de responsabilités aux collectivités territoriales pour mener une action plus efficace, grâce à des marges de manœuvre accrues, pour innover et pour adapter les lois et règlements qui régissent l'exercice de leurs compétences aux réalités des territoires.

Il relève aussi que le législateur serait mis en mesure de tirer les enseignements de la mise en œuvre des différentes adaptations et dérogations apportées à une législation, pour l'améliorer.

La disposition constitutionnelle envisagée dans la demande d'avis, qui reprend les termes du 4^{ème} alinéa de l'article 72 de la Constitution, permettrait d'atteindre l'objectif visé par le Gouvernement : permettre aux collectivités territoriales de déroger dans les mêmes conditions que le permet le 4^{ème} alinéa de l'article aux lois et règlements, mais sans que les dérogations aient un caractère expérimental.

Notamment, la modulation locale dans l'application d'une norme législative ou réglementaire serait rendue possible malgré l'absence de différence objective de situation entre territoires ou collectivités, ou de raison d'intérêt général, et sans avoir de caractère expérimental, ce que ne permet pas aujourd'hui le cadre constitutionnel en vigueur.

36. Le Conseil d'Etat considère qu'il est nécessaire, eu égard aux principes auxquels il peut être dérogé et à l'importance des domaines que recouvrent les lois et règlements qui régissent l'exercice des compétences des collectivités territoriales, que la disposition constitutionnelle envisagée encadre les autorisations données, selon le cas, par la loi ou par le règlement.

Le Conseil d'Etat interprète la disposition constitutionnelle envisagée dans la demande d'avis ainsi :

- les dérogations porteraient sur un objet limité et ne pourraient mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ;
- elles seraient décidées dans la limite des compétences attribuées aux collectivités territoriales par la loi ;
- la collectivité territoriale ne pourrait, dans l'exercice de son pouvoir de dérogation à des lois ou règlements, porter atteinte au principe d'égalité entre les personnes auxquelles s'appliquerait sa dérogation ;
- la dérogation serait autorisée, selon les cas par le législateur ou le pouvoir réglementaire, qui serait libre d'y mettre fin ;
- les collectivités ayant été autorisées à déroger pourraient à tout moment mettre fin aux mesures dérogatoires sous réserve du respect des droits acquis.

Le Conseil d'Etat considère que ces conditions devraient être énoncées et précisées par la loi organique afin d'assurer de façon suffisante l'encadrement de la mise en œuvre des dérogations.

37. Le Conseil d'Etat estime que cette mesure devrait s'articuler avec le dispositif de dérogations à caractère expérimental prévu au 4^{ème} alinéa de l'article 72 de la Constitution, que le Gouvernement entend maintenir.

A ce jour, cette possibilité a été peu utilisée en raison des termes de l'alternative qui s'offre à l'issue de l'expérimentation :

- généralisation des mesures prises à titre expérimental ;
- ou abandon de ces mesures.

38. Le Conseil d'Etat estime que la modification de la Constitution envisagée dans la demande d'avis devrait s'accompagner d'une modification du régime des expérimentations, afin de prévoir que les mesures de dérogatoires expérimentées puissent continuer à s'appliquer, à l'issue de la dérogation, dans le seul ressort des collectivités y ayant procédé, sous la réserve de l'autorisation du législateur ou du pouvoir réglementaire.

39. Il observe aussi que le dispositif envisagé par le Gouvernement pourrait conduire les collectivités territoriales à préférer solliciter directement une autorisation de dérogation, sans expérimentation préalable, et ainsi faire tomber en désuétude le 4^{ème} alinéa de l'article 72 de la Constitution.

Or l'expérimentation préalable d'une dérogation est utile pour permettre au législateur, ou au pouvoir réglementaire, de mieux apprécier toutes les incidences possibles de son autorisation, et mieux garantir, par les modalités de son autorisation, les intérêts publics en cause.

Aussi le Conseil d'Etat estime-t-il que l'autorisation de déroger à une loi ou un règlement régissant l'exercice d'une compétence d'une collectivité territoriale devrait être précédée d'une expérimentation.

40. En pareil cas, il conviendrait de régler la situation des collectivités territoriales n'ayant pas participé à l'expérimentation : pourraient-elles à son issue demander à être autorisées à déroger à leur tour ou devraient-elles également procéder préalablement à une expérimentation ?

Deux cas de figure paraissent devoir être distingués.

Dans le premier cas, une collectivité demanderait à faire application de la même disposition dérogatoire que celle autorisée à l'issue d'une expérimentation à laquelle elle n'aurait pas participé. Dans ce cas, il serait opportun de lui permettre d'adopter directement cette disposition sans solliciter l'autorisation, selon le cas, de la loi ou du règlement. Sa décision serait seulement transmise au représentant de l'Etat au titre du contrôle de légalité avec l'indication de la loi ou du règlement ayant autorisé la dérogation.

Dans le second cas, une collectivité demanderait à déroger à son tour aux mêmes dispositions législatives ou réglementaires, mais en vue d'adopter des dispositions qui ne seraient pas les mêmes que celles autorisées à l'issue de cette expérimentation. Le Conseil d'Etat estime que la collectivité devrait alors procéder, elle aussi, à une expérimentation préalable.

Au demeurant, l'exigence d'une expérimentation préalable dans ce cas n'aurait pas pour effet, de retarder l'adoption de mesures dérogatoires par la collectivité : la dérogation serait d'abord autorisée dans un cadre expérimental puis, à son issue, si le législateur ou le pouvoir réglementaire le décide, de façon permanente.

41. Il y aurait lieu dès lors de réécrire entièrement les dispositions du 4^{ème} alinéa de l'article 72 pour y ajouter la règle nouvelle dans le sens des considérations qui précèdent, et sans préjudice de l'article 37-1 de la Constitution.

Comme indiqué ci-dessus, la loi organique devrait préciser les conditions dans lesquelles cette disposition nouvelle relative aux dérogations à caractère expérimental et aux dérogations pérennes serait mise en œuvre.